

LA CONTINUAZIONE E LO SCIoglIMENTO DEI CONTRATTI PENDENTI NEL CONCORDATO PREVENTIVO ⁽¹⁾

di PAOLO FELICE CENSONI

SOMMARIO: 1. La nozione di “contratti in corso di esecuzione” – 2. Effetti sostanziali del concordato preventivo e sorte dei contratti pendenti – 3. Continuazione, sospensione e scioglimento dei contratti pendenti dopo il d.l. n. 83 del 2012 – 4. Le conseguenze dello scioglimento e della sospensione; in particolare, i contratti ad esecuzione continuata o periodica – 5. I contratti esclusi.

1. La nozione di “contratti in corso di esecuzione”

Il tema relativo alla sorte dei contratti pendenti nell’ambito di un Convegno sulle “procedure” di composizione negoziale delle crisi richiede una preventiva delimitazione dell’area da esplorare, almeno sotto un duplice profilo.

Con riferimento alle procedure (si intende “concorsuali”), in effetti, mi occuperò solo del concordato preventivo, sia perché gli accordi di ristrutturazione – secondo l’opinione di gran lunga prevalente – non rientrano propriamente in quella nozione (soprattutto per difetto dei caratteri di universalità oggettiva e soggettiva, che sono tipici della concorsualità), sia perché per gli stessi mancano disposizioni specifiche sul punto, salva l’ipotesi prevista dall’ultima parte del sesto comma dell’art. 161 l. fall. (introdotto dal d.l. n. 83 del 2012), allorché il debitore, che abbia presentato una domanda di concordato preventivo “con riserva” (o, se si preferisce, di “pre-

¹ Relazione al Convegno di Studi su “Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento” svoltosi a Lanciano nelle giornate del 25 e 26 gennaio 2013.

concordato”), abbia successivamente optato, nel termine fissatogli dal tribunale, per il deposito di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione del passivo ai sensi dell’art. 182-bis l. fall., “con conservazione sino all’omologazione degli effetti prodotti dal ricorso”, ivi compresi anche quelli prodotti sui contratti in corso, in applicazione dell’art. 169-bis l. fall. (di cui infra): norma dettata appunto per il concordato preventivo; quanto poi ai rapporti pendenti il cui adempimento costituisca “esecuzione” dell’accordo omologato ai sensi dell’articolo 182-bis, anch’essi in caso di successivo fallimento potranno beneficiare dell’esenzione da revocatoria e da responsabilità penale, rientrando rispettivamente nelle fattispecie di cui all’ art. 67, 3° comma, lett. e) l. fall. (“atti”) e di cui all’art. 217-bis l. fall. (“operazioni”).

Con riferimento poi alla nozione (indefinita) di “contratti pendenti”, cioè dei “contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso” (come si esprime l’art. 169-bis l. fall.), per evitare indebite estensioni, la soluzione più razionale mi sembra quella di ricorrere all’analogia nozione utilizzata dal legislatore nel primo comma dell’art. 72 l. fall., che detta la regola generale con riferimento al fallimento (in relazione al quale troviamo peraltro espressioni non sempre coincidenti, quali i “rapporti giuridici preesistenti” nella rubrica della sez. IV del capo terzo del titolo II; i “rapporti pendenti” nella rubrica dell’art. 72 e nel sesto comma dell’art. 104-bis; i “contratti pendenti” nel settimo comma dell’art. 104), nel senso che debba trattarsi comunque di contratti a prestazioni corrispettive ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti ad una certa data, che nel fallimento coincide con il deposito (o l’iscrizione nel registro delle imprese) della sentenza dichiarativa, mentre nel concordato preventivo coincide con la semplice presentazione del ricorso (anche “con riserva”), in sintonia con il decorso di altri effetti sostanziali di tale istituto, sia nei confronti del debitore (artt. 161, 7° comma e 182-quinquies l. fall.), sia nei confronti dei creditori (artt. 168 e 169 l. fall.).

D’altra parte la soluzione qui suggerita mi sembra ulteriormente giustificata dall’espresso riferimento agli artt. 72, 8° comma, 72-ter e 80, 1° comma l. fall. (tutti relativi agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti)

contenuto nell'ultimo comma dell'art. 169-bis l. fall., sia pure per escludere l'applicazione delle regole stabilite dai primi due commi a talune fattispecie contrattuali (di cui infra); da essa derivano almeno due significativi corollari²: il primo è che nella nozione indicata non possono rientrare i rapporti (sinallagmatici) già interamente eseguiti da una delle due parti prima della presentazione della domanda di concordato, dando luogo, nel caso di adempimento da parte del contraente in bonis, ad un credito concorsuale per la controprestazione dovutagli, sottoposto alle relative regole; e all'opposto, nel caso di adempimento da parte del contraente concordatario, ad un credito di quest'ultimo, da soddisfarsi per l'intero.

Il secondo è che nella nozione di “contratti in corso” non possono rientrare neppure i rapporti già risolti prima della presentazione della domanda di concordato, per qualunque motivo: per risoluzione consensuale; per l'operatività di una clausola risolutiva espressa; o di una diffida ad adempiere; o per la preesistenza di una domanda giudiziale di risoluzione.

Quanto a quest'ultima infatti non sarebbe ragionevole applicare al concordato preventivo una regola diversa da quella stabilita per il fallimento dal quinto comma dell'art. 72 l. fall., secondo cui “l'azione di risoluzione del contratto promossa prima del fallimento nei confronti della parte inadempiente spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, fatta salva, nei casi previsti, l'efficacia della trascrizione della domanda”.

In generale, prima della riforma dell'art. 72 l. fall., si escludeva sia che il contraente in bonis fosse legittimato a chiedere (e ad ottenere) nei confronti della massa, dopo la dichiarazione di fallimento, la risoluzione per inadempimento di cui agli artt. 1453 ss. c.c.; sia che il fallimento o lo stato di insolvenza costituissero casi di forza maggiore o cause di sopravvenuta impossibilità di adempiere ai sensi degli artt. 1256 e 1463 c.c.

In particolare, con riferimento all'ipotesi del venditore in bonis che avesse già consegnato al compratore poi fallito la cosa venduta e che tentasse di recuperarla con l'azione di risoluzione, si era osservato che, riconoscendo al venditore,

² Analogamente a quanto si può affermare per il fallimento, su cui cfr. CENSONI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti*, in BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, 4° ed., 2011, Padova, 320 ss.

oramai divenuto creditore (concorsuale) per il prezzo, il diritto di chiedere la risoluzione per inadempimento (e quindi la restituzione della cosa venduta), si sarebbero violati due principi: tanto quello dell'indisponibilità patrimoniale che consegue alla dichiarazione di fallimento e che grava anche sul bene già consegnato al compratore fallito, quanto quello della *par condicio creditorum*, poiché il venditore-creditore concorsuale si sarebbe visto soddisfatto mediante la restituzione del bene, anziché nel concorso come tutti gli altri.

A ciò si aggiungeva l'argomento tratto dall'inopponibilità reale della pronuncia di risoluzione, sancita dalla disposizione dell'art. 1458 c.c., secondo cui la risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti; e non pregiudica i diritti acquistati dai terzi (fra i quali va compresa anche la massa creditoria fallimentare), salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione, per i contratti che hanno ad oggetto beni immobili.

Peraltro, soprattutto in giurisprudenza, si era venuto consolidando un orientamento diretto a riconoscere l'efficacia reale (sulle cose vendute al fallito) delle azioni di risoluzione per inadempimento esercitate prima della dichiarazione di fallimento e ancora in corso al momento di questa, sempre che, trattandosi di beni immobili, la domanda fosse stata tempestivamente trascritta; a tale conclusione si era soliti arrivare sulla base di vari argomenti, tratti ora dal riconoscimento di un diritto quesito dell'altro contraente alla risoluzione o dalla retroattività del giudicato alla data della domanda, ora dalla prevalenza dell'art. 111, ult. comma c.p.c., che stabilisce la regola dell'efficacia della sentenza nei confronti del successore a titolo particolare nel diritto controverso, sull'art. 1458, 2° comma c.c., che stabilisce invece la regola della salvezza dei diritti acquistati dai terzi prima della risoluzione.

Ora il legislatore della riforma nel novellato art. 72 l. fall. ha finito per avallare detto orientamento giurisprudenziale, consentendo di farne applicazione analogica anche al concordato preventivo per risolvere il conflitto fra la massa creditoria concorsuale e il contraente in bonis adempiente, che abbia tempestivamente agito per la risoluzione prima della presentazione della domanda di concordato, naturalmente a condizione che, trattandosi di beni immobili, la domanda

giudiziale sia stata tempestivamente trascritta prima dell'iscrizione della domanda di concordato nel registro delle imprese.

2. Effetti sostanziali del concordato preventivo e sorte dei contratti pendenti

In passato, prima delle recenti riforme della legge fallimentare³, prevaleva largamente la tesi che il concordato

³ Sul tema, in generale, per il periodo antecedente la riforma della disciplina del concordato preventivo, cfr. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973; DI SABATO, *Il conto corrente bancario nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1982; CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, Milano, 1988; BONSIGNORI, NARDO, LAZZARA, *I contratti nelle procedure concorsuali*, Milano, 1992, 361 ss.; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 1997, 455 ss.; RAGO, *Il concordato preventivo dalla domanda all'omologazione*, Padova, 1998, 251 ss.; DIMUNDO e PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, 1999; STESURI, *Rapporti tra contratti bancari e concordato preventivo*, Padova, 2004.

Per il periodo successivo, ma comunque prima del d.l. n. 83 del 2012, cfr., senza pretesa di completezza, TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 554 ss.; FIMMANO', *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, in *Fallimento*, 2006, 1050 ss.; CENSONI, *Il concordato preventivo*, in BONFATTI e CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, 217 ss.; Id., in *Il nuovo diritto fallimentare* (diretto da JORIO e FABIANI), II, Bologna, 2007, sub art. 168, 2422 ss.; CAFFI, *Il concordato preventivo*, in *Il diritto fallimentare riformato* (a cura di SCHIANO DI PEPE), Padova, 2007, 634 s.; DI MAJO, in *Codice commentato del fallimento* (diretto da LO CASCIO), Milano, 2008, sub art. 167, 1511; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, 566 ss.; GAETA, *Effetti del concordato preventivo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali* (diretto da FAUCEGLIA e PANZANI), III, Torino, 2009, 1658 s.; VITIELLO, *Gli effetti del concordato preventivo, dell'esercizio provvisorio e dell'affitto dell'azienda del fallito sui rapporti giuridici pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti* (a cura di SANZO), Bologna, 2009, 374; PATTI, *La disciplina dei rapporti giuridici preesistenti nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2010, 261 ss.; FILOCAMO, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* (a cura di FERRO), Padova, 2011, sub art. 167, 1906 ss.; CASSANDRO, *Gli effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali* (diretto da APICE), III, Torino, 2011, 244 ss.; FABIANI, *La sorte del contratto preliminare di compravendita nel concordato preventivo alla luce della Riforma*, in *Fallimento*, 2011, 765 ss.; BONFANTE, *Il nuovo concordato preventivo e il contratto di locazione finanziaria*, in *Nuovo dir. soc.*, 2011, n. 2, 9 ss.

preventivo (così come l'amministrazione controllata, ora abrogata) non esercitasse alcuna influenza sui rapporti giuridici preesistenti nel senso del loro scioglimento, non ritenendosi applicabili all'istituto in esame gli artt. 72-83 l. fall., salva la facoltà del contraente in bonis di sospendere la propria prestazione a norma dell'art. 1461 c.c., facoltà, solo a lui riconosciuta ed esercitabile in considerazione del fatto che l'insolvenza dell'altro contraente, in mancanza di idonea garanzia, sarebbe stata tale da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione; con la conseguenza che il primo ben avrebbe potuto reagire all'inadempimento del secondo, sia avvalendosi dei vari strumenti di c.d. autotutela privata, quali appunto la sospensione dell'esecuzione della prestazione o l'*exceptio inadimpleti contractus* di cui all'art. 1460 c.c. o il recesso dal contratto di apertura di credito a norma dell'art. 1845 c.c.; sia agendo per la risoluzione del contratto o per il risarcimento dei danni.

A sostegno di questa tesi, che negava al debitore qualunque facoltà di scelta fra l'esecuzione e l'inesecuzione della prestazione su di lui incombente, in relazione alla maggiore o minore convenienza economica del contratto rispetto agli interessi della massa, venivano generalmente portati due argomenti: (a) la mancanza nell'art. 169 l. fall. di un esplicito richiamo alle disposizioni concernenti gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, indicativa di una precisa volontà del legislatore di disciplinare tali rapporti alla stregua dei principi del diritto civile; (b) la constatazione che nel concordato preventivo, nonostante l'accertamento dello stato di insolvenza dell'imprenditore che vi avesse fatto ricorso, non si verificava quello spossessamento che costituiva l'effetto caratteristico del fallimento, poiché il debitore, a norma dell'art. 167 l. fall., conservava l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa sotto la vigilanza del commissario

Per il periodo successivo al d.l. n. 83 del 2012 si possono utilmente consultare FABIANI, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, II, n. 313/2012, 8 ss.; CARAVELLA, *La tutela, anche conservativa, dei diritti e il concordato preventivo*, in *Nuovo dir. soc.*, 2013, n. 5, 23 ss.; *Le nuove soluzioni concordate della crisi d'impresa*, circolare Assonime n. 4 del 7 febbraio 2013, in www.assonime.it; *Il leasing finanziario: regolamentazione della risoluzione del contratto a seguito della riforma della legge fallimentare*, circolare Fondazione Centro Studi U.N.G.D.C. n. 11 del 7 febbraio 2013, in www.knos.it.

giudiziale [e in passato anche la direzione del giudice delegato]; e, in quanto mantenuto a capo dell'impresa, poteva compiere tutti gli atti necessari allo svolgimento della sua attività commerciale, mancando così il presupposto della unitarietà della natura esecutiva delle due procedure.

Che tali argomenti conducessero a semplificare in modo disarmante i termini del problema doveva apparire subito evidente solo che si ricordasse che la stessa disciplina fallimentare dei rapporti giuridici preesistenti – in gran parte frutto dell'elaborazione svolta sul punto dal Bonelli – era stata ricavata più dagli artt. 802-806 c. co. che dallo spossessamento del patrimonio del debitore, conseguenziale alla sentenza dichiarativa; anche storicamente perciò lo spossessamento non era stato il solo terreno sul quale si erano sviluppati i principi regolatori della materia in esame, anche se può condividersi l'affermazione, fatta in dottrina⁴, che il legislatore del 1942 si sarebbe limitato, in linea di massima, ad adattare al fallimento le soluzioni applicabili in base al diritto comune ai conflitti fra contraente adempiente e creditori del contraente inadempiente, rinunciando, dunque, a dettare una regola uniforme, ma modulando la tutela del contraente in bonis a seconda dei diversi schemi contrattuali e riconoscendo talvolta a quest'ultimo, rispetto ai creditori, una posizione privilegiata, in considerazione del vincolo sinallagmatico, che gli consentiva comunque di trattenere la prestazione da lui dovuta (a garanzia del suo diritto alla controprestazione).

L'errore di quella opinione (pur largamente seguita) derivava dunque da una visione parziale e superficiale della natura degli effetti sostanziali del concordato preventivo, consistenti in verità, anche in passato (prima della riforma dell'istituto), nell'imposizione sul patrimonio del debitore di un vincolo specifico di destinazione al soddisfacimento dei creditori (mediante la realizzazione del piano concordatario) per l'intera durata della procedura (e nel caso di concordato con cessione dei beni anche durante la fase liquidatoria successiva all'omologazione): un vincolo coattivo di natura esecutiva, ora a maggior ragione predicabile a seguito del richiamo espresso nell'art. 169 l. fall. all'art. 45 l. fall.: una disposizione quest'ultima collocata dal legislatore non fra

⁴ Cfr. in particolare VIGO, *I contratti pendenti non disciplinati nella "legge fallimentare"*, Milano, 1989, 61 ss.

quelle relative agli effetti del fallimento per i creditori, ma fra quelle relative agli effetti del fallimento per il fallito (e, dunque, inerenti allo spossessamento fallimentare), in base alla quale “le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la data della dichiarazione di fallimento, sono senza effetto rispetto ai creditori”.

Insomma, anche nel concordato preventivo le medesime formalità sono senza effetto rispetto ai creditori (concorsuali), se compiute dopo la data di presentazione della domanda.

Tuttavia, al di là della sorte delle formalità (o, per meglio dire, degli atti per la cui opponibilità ai terzi la legge prevede il compimento di determinate formalità), la norma richiamata (la cui disciplina viene comunemente estesa dalle varie forme di pubblicità dichiarativa agli altri requisiti prescritti dalla legge per l’opponibilità di un atto ai terzi o ai creditori, ancorché non costituenti vere e proprie “formalità”, quali appunto la certezza della data della scrittura, il possesso, il godimento del bene, ecc.) riveste un’importanza sistematica più ampia e generale per la qualificazione della stessa natura degli effetti sostanziali del concordato preventivo, se è vero che, secondo l’interpretazione prevalente, essa avrebbe per scopo quello di estendere alla materia fallimentare le disposizioni dettate dal codice civile a proposito degli effetti del pignoramento (artt. 2914 ss.), conducendo, insieme all’art. 44 l. fall. (corrispondente all’art. 2913 c.c.), all’equipollenza di pignoramento e sentenza dichiarativa di fallimento.

Se si riconosce allora che l’art. 45 l. fall. avrebbe tale scopo, occorre ugualmente ammettere che, che in forza dell’equiparazione del vincolo concordatario a quello pignoratorio, anche nel concordato preventivo i creditori possono beneficiare di una tutela simile a quella predisposta dal codice civile per il creditore pignorante nell’ambito dell’esecuzione ordinaria: una tutela cioè realizzata mediante l’imposizione sui beni del patrimonio del debitore concordatario di un vincolo specifico di destinazione di essi al soddisfacimento dei creditori concorsuali, senza che possa avere alcun rilievo il mantenimento del debitore concordatario nella gestione della sua impresa.

Per l’ipotesi di concordato con cessione dei beni tale conclusione è poi ulteriormente rafforzata dall’argomento tratto dal richiamo espresso nell’art. 182 l. fall. agli artt. da 105 a

108-ter l. fall., cioè a quel complesso di norme che disciplinano le vendite dei beni nel fallimento e che rappresentano una delle principali spie della natura esecutiva del vincolo fallimentare impresso dalla sentenza dichiarativa sul patrimonio del debitore, tanto che anche le Sezioni unite della Corte di cassazione (con la sentenza del 16 luglio 2008, n. 19506⁵) hanno giustamente tratto argomento dalla nuova formulazione dell'art. 182 l. fall. per la conferma dell'assimilabilità della fase esecutiva del concordato preventivo con cessio bonorum – pur con le ovvie peculiarità derivanti dalla sua origine negoziale – ad un procedimento di vendita coatta.

3. Continuazione, sospensione e scioglimento dei contratti pendenti dopo il d.l. n. 83 del 2012

In tale contesto è ora intervenuto in materia il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con modificazioni con l. 7 agosto 2012, n. 134, proponendo una soluzione apparentemente di compromesso fra quelle esposte negli anni precedenti, ma sostanzialmente assimilabile a quella prevista dal settimo comma dell'art. 104 l. fall. per il caso di esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (secondo cui “durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli”): anche qui dunque, come nel fallimento, il legislatore ha dettato una regola generale: quella contenuta nell'art. 169-bis l. fall., integrato dall'art. 186-bis, 3°, 4° e 5° comma l. fall. (per l'ipotesi di concordato con continuità aziendale) e, per i profili che vedremo più avanti, anche (almeno in parte) dal quarto comma dell'art. 182-quinquies l. fall.

In particolare, la prima delle norme sopra richiamate dispone nel primo comma che “il debitore nel ricorso di cui all'articolo 161 può chiedere che il tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la

⁵ In *Fallimento*, 2008, 1394, con nota di LO CASCIO, *Natura giuridica della liquidazione postconcordataria*.

sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta”.

Dunque, venendo incontro alla soluzione in precedenza largamente prevalente in dottrina e in giurisprudenza sulla sorte dei contratti pendenti, il legislatore ne ha sì (indirettamente) disposto la continuazione; ma nel contempo, aderendo anche alle opinioni più selettive, ha concesso al debitore concordatario (così come aveva concesso al curatore fallimentare nell'art. 104 l. fall., in caso di esercizio provvisorio) il potere di provocare – sia pure con l'autorizzazione del tribunale o (dopo l'ammissione alla procedura) del giudice delegato – la sospensione della loro esecuzione per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta; o persino il loro scioglimento (non esteso tuttavia alle eventuali clausole compromissorie in essi contenute).

Due considerazioni preliminari si impongono.

Innanzitutto mi pare difficilmente contestabile (anche se non è mancata qualche isolata voce contraria⁶) che la norma, almeno in astratto, sia applicabile ad ogni ipotesi di pre-concordato: infatti il generico e unitario riferimento al “ricorso di cui all'articolo 161” non consente di escludere dall'ambito dell'esercizio delle facoltà previste a favore del contraente concordatario dall'art. 169-bis la presentazione di una domanda “con riserva”, anche se per questa è opportuno tener conto di alcune precondizioni (di cui infra).

In secondo luogo bisogna verificare che l'atto dal quale il rapporto ha avuto origine sia opponibile alla massa a norma dell'art. 45 l. fall. (richiamato dall'art. 169 l. fall.): è necessario cioè che prima dell'iscrizione della domanda nel registro delle imprese (che il cancelliere dovrebbe eseguire “entro il giorno successivo al deposito in cancelleria”: art. 161, 5° comma l. fall.) – iscrizione dalla quale decorrono gli effetti del concordato per i creditori (art. 168 l. fall.) e dunque, più in generale, anche quelli nei confronti dei terzi – siano state compiute le formalità previste dalla legge per l'opponibilità del contratto pendente ai terzi.

L'art. 45 l. fall. fissa un principio di carattere generale, che riguarda però anche i rapporti giuridici pendenti, nel senso che, ove l'atto dal quale il rapporto ha avuto origine non sia

⁶ Cfr. Trib. Verona, 31 ottobre 2012, in www.ilcaso.it, I, 8381.

opponibile alla massa per difetto di (tempestiva) formalità, il curatore fallimentare (e ugualmente il debitore concordatario) che intenda sottrarsi agli obblighi previsti dal contratto non ha nessuna necessità di provocarne lo scioglimento, ben potendo limitarsi a richiamare (ed eccepire) quella disposizione; ciò che vale anche per l'ipotesi di continuazione ex lege del rapporto pendente.

E' poi superfluo aggiungere che, poiché l'inopponibilità di cui all'art. 45 l. fall. è stabilita (solo) nell'interesse della massa, nulla impedisce al curatore fallimentare (e ugualmente al debitore concordatario), che intenda, invece, subentrare nel rapporto pendente, di non avvalersi di quel potere.

A prima vista può apparire (quanto meno) singolare che il debitore concordatario, che è parte nel rapporto pendente, possa esercitare, nell'interesse della massa, una facoltà che, in quanto diretta a far valere l'inopponibilità di un atto ai terzi, è normalmente riservata ai creditori (tanto da essere attribuita, in caso di fallimento, al curatore fallimentare, appunto nella sua veste di "terzo"); e certamente sarebbe stato più che mai opportuno prevedere, nell'ambito delle riforme succedutesi nel tempo, un istituto simile alla "gestione commissariale" dell'impresa in amministrazione controllata (ora abrogata) di cui all'art. 191 l. fall.⁷; ma, anche prescindendo dalla tesi (proposta soprattutto in passato) tendente a considerare lo stesso debitore concordatario quale "organo" della procedura (tesi che però recentemente ha trovato un insperato appiglio normativo nell'art. 3, 2° e 3° comma del d.lgs. n. 122 del 2005, di cui pure infra), il richiamo dell'art. 45 l. fall. nell'art. 169 l. fall. non lascia adito ad interpretazioni diverse da quella sopra esposta, configurando anzi un potere-dovere del debitore di tutelare, nel corso della procedura, gli interessi dei propri creditori, utilizzando tutti gli strumenti che l'ordinamento gli affida, da quello riguardante l'inopponibilità di atti o di domande giudiziali in violazione dell'art. 45 l. fall. a quello riguardante la nullità di eventuali azioni esecutive o cautelari sul suo patrimonio (art. 168, 1° comma l. fall.) e a quello riguardante l'inefficacia di eventuali ipoteche giudiziali iscritte da qualche creditore concorsuale nei novanta giorni che

⁷ Su cui cfr. CENSONI, *Gestione commissariale e funzione dell'amministrazione controllata*, Milano, 1994.

precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese (art. 168, 3° comma, ultima parte l. fall.).

Come detto, alla disposizione dell'art. 169-bis l. fall. il legislatore ha aggiunto, per i concordati "con continuità aziendale" (cioè con "prosecuzione dell'attività di impresa", ivi comprese le ipotesi di cessione dell'azienda in esercizio o il conferimento di questa in una o più società, anche di nuova costituzione), quella dell'art. 186-bis, 3° comma, prima parte l. fall., secondo cui, "fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura".

A ben vedere tale norma altro non fa che riaffermare la regola generale della continuazione dei contratti ("non si risolvono") indirettamente contenuta nella prima, che non viene derogata ("fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis"), cosicché ben potrebbe il debitore concordatario chiederne la sospensione o lo scioglimento con l'autorizzazione del tribunale o del giudice delegato; l'unica novità semmai è ravvisabile nella proposizione successiva: "sono inefficaci eventuali patti contrari", analogamente a quanto stabilito nel fallimento dal sesto comma dell'art. 72 l. fall. ("sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento"); ma ci si potrebbe legittimamente domandare perché mai quest'ultima precisazione debba valere solo nel concordato con continuità aziendale e non in ogni caso di concordato preventivo, anche meramente liquidatorio (nel quale comunque la sopravvivenza del contratto è la regola), se invece nel fallimento, che è la procedura liquidatoria per eccellenza, quella inefficacia vale sempre, senza distinzioni.

Probabilmente la ratio della disposizione in esame (apparentemente inutile, posto che, se il contratto continua, evidentemente non si risolve) va cercata nel successivo e ampio riferimento ai contratti stipulati con pubbliche amministrazioni, ai quali sono dedicati sia la seconda parte del terzo comma, sia i successivi quarto e quinto comma dell'art. 186-bis l. fall.

In particolare (in deroga alla disposizione dell'art. 38 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) l'ammissione al concordato:

a) “non impedisce la continuazione di contratti pubblici” (anche da parte di società cessionaria o conferitaria di azienda o di rami di azienda cui i contratti siano trasferiti, nel qual caso “il giudice delegato, all’atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni”), a condizione che un professionista designato dal debitore e in possesso dei requisiti, anche di indipendenza, stabiliti nell’art. 67, 3° comma, lett. d) l. fall. ne abbia attestato la “conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento”;

b) “non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici”, anche qui alla condizione precedente e subordinatamente alla presentazione della dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l’affidamento dell’appalto (oppure, quando il debitore concordatario partecipa ad un’associazione temporanea di imprese, subordinatamente alla presentazione della dichiarazione di altro operatore facente parte del raggruppamento), il quale si impegni nei confronti del concorrente e della stazione appaltante “a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all’esecuzione dell’appalto e a subentrare all’impresa ausiliata” in caso di fallimento del concorrente nel corso della gara o dopo la stipulazione del contratto; o in caso di incapacità di dare regolare esecuzione all’appalto (è questa la c.d. procedura di avvalimento).

Inoltre l’impresa in concordato, ricorrendo i presupposti di cui sopra (“fermo quanto previsto dal comma precedente”), “può concorrere [a procedure di assegnazione di contratti pubblici] anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate a una procedura concorsuale”.

Quanto a quest’ultima condizione non è chiaro se, ad escludere l’impresa concordataria (che rivesta la qualità di mandante) dal concorso, basti che una sola delle altre imprese mandanti, aderenti al raggruppamento, sia assoggettata a sua volta a una procedura concorsuale (non importa quale); o se sia necessario che tutte “le altre imprese aderenti” si trovino nella situazione ipotizzata (naturalmente ad eccezione della mandataria).

E' incontestabile che per espressa volontà del legislatore l'impresa in concordato non può rivestire nel raggruppamento la qualità di mandataria al fine di concorrere a procedure di assegnazione di contratti pubblici; ma, se l'assegnazione è già avvenuta e il contratto è in corso, dovrebbe valere il principio generale enunciato nella prima parte del terzo comma dell'art. 186-bis l. fall.: cioè la continuazione del contratto, soggetta solo all'attestazione del professionista qualificato e indipendente, finendo per introdurre una distinzione alquanto irrazionale fra l'ipotesi che il contratto sia già in corso (in cui l'impresa mandataria può continuare ad operare) e quella che l'appalto pubblico sia ancora fermo alla fase preliminare della partecipazione alla procedura di assegnazione (in cui viceversa il raggruppamento di imprese deve trovarsi una nuova mandataria).

Detto questo, va subito aggiunto come la formulazione approssimativa delle norme fin qui esaminate, lungi dall'aver offerto una disciplina esaustiva della sorte dei contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo, così da lasciare irrisolte molte delle precedenti problematiche, ponga comunque una nutrita serie di interrogativi, dei quali occorre dar conto, essendo già emersi in sede di prima applicazione delle nuove disposizioni.

Il primo e principale interrogativo è quello che deriva dalla mancanza di qualsiasi indicazione, da parte del legislatore, dei criteri alla stregua dei quali il tribunale (o il giudice delegato) dovrebbe valutare la richiesta del debitore di autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento del contratto pendente.

Ora se, per un verso, è vero che, una volta depositata proposta e piano (contestualmente o meno alla domanda di concordato) quella richiesta può indubbiamente essere valutata (se non altro) sotto il profilo della coerenza (o sotto quello della "fattibilità giuridica") rispetto al piano concordatario progettato dal debitore, per un altro verso è evidente che, in caso di domanda "con riserva" priva di qualunque indicazione (sia pure approssimativa) di ciò che il debitore intende fare, al tribunale non sarebbe possibile né valutarla, né motivare, a sua volta, l'eventuale provvedimento di autorizzazione, destinato evidentemente ad incidere in vario modo sulla sfera giuridica del contraente in bonis, tanto per la semplice sospensione della

prestazione (come pure si dirà), quanto (e a maggior ragione) per l'eventuale scioglimento del contratto; tanto più che il debitore potrebbe anche decidere poi di abbandonare la soluzione concordataria, per abbracciare quella dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-bis l. fall., come il sesto comma dell'art. 161 l. fall. gli consente di fare.

Dunque è da condividere la tesi che la richiesta di autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento sia (non solo motivata⁸, ma anche) accompagnata dall'indicazione dei caratteri di massima del concordato preventivo che si intende proporre⁹ (ad esempio, la cessione dei beni), con una comparazione (sia pure) approssimativa degli oneri (in prededuzione) che conseguirebbero alla prosecuzione del rapporto con quelli (in concorso, come ugualmente si dirà) che conseguirebbero allo scioglimento anticipato dello stesso: comparazione tanto più necessaria se il concordato è con "continuità aziendale", sia perché lì la prosecuzione o lo scioglimento di un qualsiasi contratto (ad esempio, contratti aventi ad oggetto la locazione dei locali dell'impresa oppure la fornitura di beni o servizi essenziali oppure contratti di leasing aventi ad oggetto apparecchiature o macchinari necessari allo svolgimento dell'attività) possono incidere in modo più o meno rilevante sulla stessa continuità aziendale, sia perché il piano di concordato, a sua volta, deve contenere tutte le indicazioni aggiuntive previste dall'art. 186-bis, 2° comma, lett. a) l. fall., fra le quali particolare peso possono assumere i "costi" della conservazione dei contratti e le relative "modalità di copertura".

⁸ Cfr. Trib. Biella, 13 novembre 2012, in www.ilcaso.it, I, 8359.

⁹ Sostanzialmente nello stesso senso cfr. Trib. La Spezia, 24 ottobre 2012 e 25 ottobre 2012, entrambi in *Fallimento*, 2013, 76 s. con nota di P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*; Trib. Mantova, 27 settembre 2012, in www.ilcaso.it, I, 7874; e Trib. Monza, 16 gennaio 2013, in www.ilcaso.it, I, 8351, che però nel caso di specie ha ritenuto opportuno disporre la sospensione dei contratti pendenti, "dovendosi eventualmente optare per la soluzione dello scioglimento solo all'esito della proposta della domanda di concordato completa alla quale acceda la dettagliata situazione per ciascun contratto"; sulla necessità di disporre la sospensione o lo scioglimento dei contratti bancari pendenti, allo scopo di evitare il pregiudizio che deriverebbe alla massa creditoria dall'eventuale compensazione fra i crediti della banca e le somme che affluiscono sui conti correnti, ledendo la *par condicio creditorum*, cfr. rispettivamente Trib. Busto Arsizio, 11 febbraio 2013, in www.ilcaso.it, I, 8564; e Trib. Como, 5 novembre 2012, in www.ilcaso.it, I, 8523.

Non sono viceversa da condividere né la tesi che pretenderebbe di escludere del tutto e pregiudizialmente l'applicazione dell'art. 169-bis l. fall. fino a quando il debitore non abbia adempiuto all'onere di depositare, dopo la domanda "con riserva", la proposta, il piano concordatario e la documentazione; né quella che pretenderebbe di consentire, fino a tale adempimento, esclusivamente la sospensione (ma non lo scioglimento)¹⁰.

Entrambe mi sembrano non solo infondate, ma anche irrazionali; infondate perché l'art. 169-bis l. fall. non distingue affatto né la domanda "con riserva" da quella ordinaria (o completa), né la facoltà di sospensione del contratto da quella del suo scioglimento, ma al contrario, nel fare generico e onnicomprensivo riferimento al "ricorso di cui all'articolo 161", non ne consente una lettura riduttiva¹¹; irrazionali perché, in mancanza di tempestiva richiesta da parte del debitore nel senso della sospensione o dello scioglimento, in relazione alle scadenze contrattuali delle contrapposte prestazioni, la prosecuzione dell'esecuzione del contratto, unitamente alla prededucibilità del credito del contraente in bonis, potrebbe aggravare ulteriormente il passivo dell'impresa e, in taluni casi, potrebbe persino finire per trasformare crediti concorsuali pregressi in crediti verso la massa (come nel caso di unitarietà del sinallagma funzionale), riducendo le aspettative di soddisfacimento dei creditori concorsuali ed eventualmente la stessa realizzabilità del progetto che il debitore aveva programmato di proporre a costoro.

Altro è invece imporre al debitore di motivare adeguatamente la sua richiesta, facendo (sia pur sommaria) disclosure delle proprie intenzioni e avviando la progettazione del piano su un terreno di concretezza; e anzi, da questo punto di vista, poiché medio tempore fra la presentazione della

¹⁰ In questo senso cfr. Trib. Pistoia, 30 ottobre 2012, in www.ilcaso.it, I, 8079; e in *Fallimento*, 2013, 74, con la citata nota di P. VELLA; al contrario Trib. Salerno, 25 ottobre 2012, in www.ilcaso.it, I, 8499; e in *Fallimento*, 2013, 75, ha ritenuto che "si tratti di una mera presa d'atto di un diritto potestativo del debitore che sceglie di sciogliersi da un determinato rapporto giuridico nell'ambito di un proprio disegno imprenditoriale che nel caso del pre-concordato non è obbligatorio comunicare al Tribunale chiamato ad attendere il deposito del piano".

¹¹ Così correttamente anche Trib. Modena, 30 novembre 2012, in www.ilcaso.it, I, 8196.

domanda e l'apertura del procedimento di concordato la tutela degli interessi dei creditori è rimessa anche alla diligenza del debitore proponente, potrebbe persino configurarsi un dovere di quest'ultimo di attivarsi per liberare il patrimonio assoggettato al vincolo concordatario dagli oneri derivanti dall'eventuale esecuzione di taluni rapporti in corso non compatibili con la situazione di crisi o di insolvenza in cui versa la sua impresa, per non pregiudicare la garanzia patrimoniale dei creditori medesimi e non incorrere in eventuali responsabilità.

Anche sotto altro profilo la formulazione della norma ("il debitore nel ricorso di cui all'art. 161 può chiedere") appare ambigua, non essendo chiaro se la relativa istanza di autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento del contratto in corso debba essere necessariamente proposta dal debitore nel contesto del ricorso introduttivo; o se possa essere proposta anche successivamente o al tribunale (prima della decisione sull'ammissione al concordato) o al giudice delegato, come lascerebbe intendere il riferimento a quest'ultimo, che, come si sa, viene nominato appunto con il decreto di ammissione; o se solo la sospensione possa essere chiesta (al tribunale o al giudice delegato) successivamente al ricorso introduttivo con autonoma istanza, come lascerebbe intendere la seconda proposizione del primo comma dell'art. 169-bis l. fall., separata dalla prima col punto.

Ragionevolmente appare preferibile ritenere che l'istanza possa essere proposta anche successivamente al ricorso introduttivo, soprattutto se si parte dal presupposto che il debitore debba prima fare (sia pur sommaria) disclosure delle proprie intenzioni sulla proposta concordataria; ma è evidente che ciò debba avvenire comunque in tempi molto rapidi e possibilmente prima della scadenza delle reciproche obbligazioni, perché nel frattempo il contratto continua e l'esecuzione da parte del contraente in bonis della prestazione da lui dovuta finirebbe per gravare della controprestazione il patrimonio del debitore concordatario, già assoggettato ad un vincolo di natura coattiva.

Sempre con riferimento alla formulazione della norma ci si potrebbe chiedere se le facoltà ivi previste siano alternative (nel senso che l'istanza diretta alla sospensione escluda la successiva riproposizione di un'istanza diretta allo

scioglimento, mentre quest'ultima è chiaramente assorbente dell'altra); oppure se le stesse siano eventualmente cumulabili, nel senso che il debitore concordatario possa chiedere in un primo momento la semplice sospensione del contratto; e in un secondo momento, ma comunque prima della scadenza del termine di sospensione concesso dal tribunale o dal giudice delegato, l'autorizzazione allo scioglimento; quest'ultima – se si tiene conto della separazione, nel dettato normativo del primo comma dell'art. 169-bis, delle due proposizioni (quella riguardante lo scioglimento e quella riguardante la sospensione) – mi pare la soluzione migliore, soprattutto nell'ipotesi di domanda “con riserva”, concedendo al debitore più tempo per verificare l'eventuale incompatibilità del rapporto in corso con il piano concordatario in fieri e per motivare adeguatamente la successiva istanza diretta al suo scioglimento.

D'altra parte non si può non sottolineare come anche la sospensione imponga comunque al contraente in bonis un sacrificio, obbligando lo stesso a tenersi pronto ad adempiere per tutto il periodo concesso (fino a sessanta giorni o fino a centoventi giorni in caso di proroga): un termine indubbiamente molto lungo e potenzialmente anche più lungo di quello concesso al curatore, messo “in mora” dal contraente in bonis a norma del secondo comma dell'art. 72 l. fall., per decidere se subentrare nel rapporto o sciogliersi da esso.

4.- Le conseguenze dello scioglimento e della sospensione; in particolare, i contratti ad esecuzione continuata o periodica

Ma aporie ancora più evidenti sono quelle registrabili nelle due proposizioni (anch'esse separate dal punto) del secondo comma dell'art. 169-bis l. fall., relativamente alle conseguenze della scelta del debitore concordatario, sia essa nel senso dello scioglimento, sia essa nel senso della sospensione (“in tali casi”): scelta che fa sorgere in capo all'altro contraente il diritto ad un “indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento”, ma da soddisfarsi “come credito anteriore al concordato”.

Innanzitutto va osservato che, se l'art. 169-bis attribuisce al debitore concordatario la facoltà ("può") di chiedere che il tribunale o il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi da un rapporto pendente o a sospenderne l'esecuzione, è da escludere che, una volta concessa l'autorizzazione, l'esercizio di quella facoltà e il mancato (o il ritardato) adempimento costituiscano vero e proprio "inadempimento", fonte di risarcimento del danno, comprendente il danno emergente (la perdita subita) e il lucro cessante (il mancato guadagno), secondo i principi generali enunciati negli artt. 1218 e 1223 c.c.

Non diversamente nel fallimento l'esercizio da parte del curatore della facoltà di sciogliersi da un contratto e a maggior ragione quella di lasciarlo in stato di sospensione (artt. 72, 1° comma e 104, 7° comma l. fall.) non hanno nulla in comune con l'inadempimento, tant'è che coerentemente il quarto comma dell'art. 72 concede al contraente adempiente non il diritto al risarcimento del danno conseguente all'esercizio da parte del curatore della facoltà di scioglimento, ma solo quello "di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento", cioè il credito per le eventuali restituzioni e semmai il risarcimento dei danni derivati dall'inadempimento del debitore anteriormente all'apertura del fallimento (come d'altra parte è sempre stato pacifico in dottrina e in giurisprudenza anche nel passato più remoto); e allo stesso principio si ispira il settimo comma dell'art. 72 con riferimento allo scioglimento del contratto preliminare di vendita immobiliare trascritto.

Tutt'al più, quando una norma lo preveda espressamente, all'esercizio del potere del curatore fallimentare di sciogliersi o di "recedere" dal rapporto può corrispondere a favore del contraente in bonis (non il diritto al risarcimento del danno, ma) un "equo compenso", come nel caso dello scioglimento del contratto di vendita con riserva di proprietà, nel fallimento del compratore (art. 73, 1° comma l. fall.), o un "equo indennizzo", come nel caso del recesso dal contratto di locazione di immobili, nel fallimento del locatore o del conduttore (credito che però deve essere soddisfatto "in prededuzione": art. 80 l. fall.).

Ma l'equo compenso o l'equo indennizzo non hanno nulla a che vedere con il risarcimento del danno da inadempimento: quindi l'equivalenza operata nel secondo comma dell'art. 169-

bis fra “indennizzo” e “risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento” è giuridicamente priva di senso.

Una ulteriore aporia è poi quella contenuta nella seconda proposizione della norma in esame, relativamente all’attribuzione della natura concorsuale al credito per il c.d. indennizzo (id est per il risarcimento del danno da inadempimento), sulla quale il legislatore si è esibito in un vero e proprio gioco di prestigio.

Infatti è opinione comune che la concorsualità di un credito sia in generale legata all’anteriorità della radice causale del titolo da cui lo stesso trae origine rispetto all’inizio della procedura concorsuale, come – con appropriato riferimento agli effetti sostanziale del concordato preventivo – può desumersi agevolmente dall’art. 167, 2° comma l. fall. (“creditori anteriori al concordato”) o dall’art. 168, 1° e 3° comma l. fall. (“creditori per titolo o causa anteriore” [alla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese]; “creditori anteriori al concordato”) o dall’art. 184, 1° comma l. fall. (“creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all’art. 161”); è quello il momento in cui cala il sipario e dal quale tutti i crediti concorsuali, chirografari o muniti di diritti di prelazione, scaduti o non scaduti, pecuniari o non pecuniari, fruttiferi o infruttiferi subiscono le trasformazioni dipendenti dalla c.d. liquidazione del passivo, mutuata (nell’art. 169 l. fall.) da quella fallimentare, salvo stabilire se il giorno da considerare sia quello della “presentazione della domanda” (art. 169) o verosimilmente quella della “pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese” (art. 168, 1° comma).

E’ vero che non qualunque credito che ha causa o titolo anteriore a quel momento ha natura esclusivamente concorsuale: basti qui ricordare i numerosi casi di crediti sorti anteriormente – e quindi geneticamente concorsuali – ma considerati dal legislatore stesso (o parificati ai) prededucibili non solo nel concordato preventivo, ma anche nell’eventuale fallimento consecutivo (come dimostrano, in generale, il secondo comma dell’art. 111 l. fall. – per il quale “sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti [...] in funzione

delle procedure concorsuali” – ed, in particolare, il secondo e il terzo comma dell’art. 182-quater l. fall.).

Ma è altrettanto vero che tutto ciò che ha causa o titolo posteriore a quel momento può solo dar luogo o ad un credito prededucibile, nelle ipotesi e alle condizioni stabilite dalla legge (come accade, ad esempio, per i crediti sorti dopo il deposito del ricorso introduttivo “per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore”: art. 161, 7° comma l. fall.); o ad un credito inopponibile alla massa creditoria concorsuale (come deve affermarsi per i crediti sorti dopo l’apertura del concordato per effetto di atti di straordinaria amministrazione privi dell’autorizzazione scritta del giudice delegato: art. 167, 2° comma l. fall.): natura che poi quel credito manterrebbe anche nell’eventuale fallimento consecutivo.

Anche prima della riforma della legge fallimentare era stato più volte affermato¹² che, nel caso in cui, pendendo il rapporto, l’inadempimento del debitore concordatario fosse intervenuto nel corso o per effetto della procedura, il contraente in bonis sarebbe stato legittimato a chiedere il risarcimento del danno, la cui obbligazione, nascendo nel momento dell’inadempimento, quindi successivamente all’inizio della procedura, sarebbe stata sottratta tanto alla falcidia concordataria, quanto al divieto di azioni esecutive di cui all’art. 168 l. fall., non distinguendosi prevalentemente (ma non senza qualche contrasto sul punto) fra l’inadempimento determinato dalla sola scelta del debitore e quello determinato dalla eventuale decisione del giudice delegato di non autorizzare l’esecuzione del rapporto giuridico preesistente rientrando nell’ambito della straordinaria amministrazione.

Si era osservato, a questo proposito, che, se si riteneva che il contratto pendente dovesse essere eseguito interamente dal contraente in concordato, sarebbe stato inammissibile assoggettare al concorso il credito del contraente in bonis, fosse esso relativo alla prestazione dedotta nel contratto ovvero al risarcimento del danno conseguente all’inadempimento, poiché obbligo di esecuzione significava qui obbligo di tenere indenne

¹² Per ampi richiami sul punto cfr. CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti* cit., 136 ss.

il terzo dalle conseguenze del concorso e quindi diritto di quest'ultimo al risarcimento integrale¹³.

In effetti anche dopo la riforma della legge fallimentare il credito del contraente in bonis per il risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento del debitore avrebbe dovuto sottostare ai medesimi principi: se l'inadempimento del debitore è anteriore al concordato, lo stesso va trattato come concorsuale; se invece è posteriore, quel credito dovrebbe essere considerato prededucibile¹⁴, naturalmente a condizione che il contratto rimasto inadempito sia opponibile alla massa: ciò che, prima dell'intervento del legislatore con il d.l. n. 83 del 2012, era dato per ammesso, nel presupposto della sopravvivenza dei rapporti pendenti nel concordato preventivo, tanto da ritenere che il debitore, il quale intendesse lasciare inadempito il contratto in corso, dovesse valutare comparativamente se l'onere finanziario dell'esecuzione della sua obbligazione fosse maggiore o minore rispetto a quello per il risarcimento dei danni da mancato adempimento.

Ed è qui appunto che è intervenuta con il d.l. n. 83 del 2012 l'eccezionale trasformazione di un credito naturalmente prededucibile in un credito concorsuale (generalmente chirografario): quindi con diritto di voto, salvo stabilire (se

¹³ Così JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo* cit., 245 s.

¹⁴ In questo senso cfr. anche FABIANI, *La sorte del contratto preliminare di compravendita* cit., 769, il quale osservava come, per ricondurre il credito risarcitorio ad un momento anteriore all'apertura del concordato, non restava al debitore altra possibilità che quella di "dichiarare nel piano quali sono i contratti che non intende proseguire, così manifestando la volontà di non adempiere", salvo poi misurare questa strategia con gli strumenti di reazione a disposizione della parte *in bonis* e soprattutto con l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre, su cui peraltro la giurisprudenza è stata a lungo divisa, discutendosi se il divieto di procedere *in executivis* di cui al primo comma dell'art. 168 l. fall. comprenda (così App. Firenze, 15 luglio 1996, in *Dir. fall.*, 1997, II, 1000, con nota di DI GRAVIO, *Concordato preventivo: vietata anche l'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre?*) o non comprenda (così Cass., 1° marzo 2002, n. 3022, in *Arch. civ.*, 2003, 69; in *Dir. fall.*, 2003, II, 187, con nota di MERLINO, *Concordato preventivo e preliminare di vendita*; e in *Fallimento* 2002, 734, con nota di FABIANI, *L'esecuzione del contratto preliminare nel concordato preventivo*; Cass., 23 gennaio 1998, n. 615, in *Foro it.*, 1999, I, 638; in *Giust. civ.*, 1998, I, 2245; e in *Fallimento*, 1999, 40, con nota di RAGO, *Se l'art. 2932 codice civile si applica nei confronti del debitore concordatario*) anche detta esecuzione in forma specifica; per il passato su quest'ultimo tema cfr. anche CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo* cit., 147 ss.

contestato) come e per quale importo inserirlo nell'elenco di cui all'art. 161, 2° comma, lett. b) l. fall. e nel piano concordatario e come e per quale importo ammetterlo alla votazione, sempre che lo scioglimento del rapporto avvenga in un momento anteriore all'adunanza dei creditori.

Ma interrogativi non meno giustificati potrebbero porsi anche con riferimento ai contratti di durata e in particolare a quelli ad esecuzione continuata o periodica (come, ad esempio, i contratti di somministrazione) per le consegne già avvenute o per i servizi già erogati (non nell'ipotesi di scioglimento del rapporto, ma) allorché – secondo la regola generale – il contratto continui, trattandosi di stabilire se il credito del contraente in bonis maturato prima dell'iscrizione della domanda di concordato nel registro delle imprese debba essere considerato concorsuale o prededucibile.

Nel fallimento, prima della riforma, della sorte della vendita a consegne ripartite e della somministrazione si occupava l'art. 74 l. fall., per estendere a tali figure contrattuali le disposizioni dell'art. 72 l. fall.: quindi la facoltà del curatore di scegliere se subentrare nel contratto o sciogliersi dallo stesso, attribuendo eccezionalmente natura prededucibile al credito del venditore o del somministrante in bonis per le consegne già avvenute o per i servizi già erogati, in forza dell'unitarietà della causa che nei contratti in esame lega le prestazioni nel loro insieme.

Ora la norma, che non fa più riferimento espresso alla disciplina dell'art. 72 l. fall., è stata estesa a tutti i contratti di durata, stabilendo che, “se il curatore subentra in un contratto ad esecuzione continuata o periodica deve pagare integralmente il prezzo anche delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati”.

A sua volta, come detto in precedenza, il settimo comma dell'art. 104 l. fall., per l'ipotesi di esercizio provvisorio dell'impresa, stabilisce che (tutti) i contratti “pendenti” proseguono nel fallimento, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli.

Quindi anche i contratti di durata e in particolare quelli ad esecuzione continuata o periodica, se è disposto l'esercizio provvisorio, continuano ex lege (salvo che il curatore intenda

liberarsene); mentre, se si resta al di fuori dell'esercizio provvisorio, continuano solo se il curatore decide di subentrare.

Il fatto che la continuazione dipenda direttamente dalla volontà del legislatore piuttosto che da quella del curatore dovrebbe razionalmente condurre alle medesime conseguenze per entrambe le ipotesi, anche per ciò che riguarda la natura dei crediti del contraente in bonis per le consegne già avvenute o per i servizi già erogati; infatti in ambedue il curatore ha comunque lo strumento per liberarsi, a tutela della massa, di un contratto oneroso e per non gravare l'attivo fallimentare della prededucibilità di quei crediti (naturalmente concorsuali): in un caso manifestando espressamente la volontà di scioglierlo, nell'altro bastando non manifestare espressamente una volontà di subingresso al fallito.

Sorprendentemente, invece, la Corte di cassazione, con la sentenza 19 marzo 2012, n. 4303¹⁵, richiamandosi ad altri suoi precedenti (Cass., Sez. un., 22 maggio 1996, n. 4715; e Cass., 12 gennaio 2001, n. 396), tutti peraltro riferiti alla disciplina anteriore alla riforma, ha eluso quella equivalenza, ritenendo che i crediti del somministrante in bonis per le consegne già avvenute e per i servizi già erogati prima dell'avvio del fallimento con esercizio provvisorio, in cui l'esecuzione del contratto era proseguita, debbano essere considerati concorsuali, sia per la natura eccezionale della disposizione contenuta nell'art. 74 l. fall., sia per la necessità di considerare prededucibili a norma dell'ottavo comma dell'art. 104 l. fall. (interpretato in senso limitativo), solo i crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio, quanto meno laddove (come nel contratto di somministrazione e a differenza dalla vendita a consegne ripartite) le singole prestazioni siano "tra di loro indipendenti e distinte" e dirette ad appagare "interessi strutturalmente autonomi del creditore" (così in effetti si erano

¹⁵ In *Fallimento*, 2012, 1222, con nota di PATTI, *Rapporti pendenti ed esercizio provvisorio tra prededuzione e concorsualità, alla ricerca della regola da applicare*; sul punto cfr. anche CENSONI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti*, in BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare* cit., 338 s.; si noti che in precedenza la stessa Corte di cassazione, proprio con riferimento al concordato preventivo, aveva deciso che, in caso di prosecuzione del contratto di somministrazione, per effetto della sua natura e struttura unitaria non era possibile scindere le prestazioni anteriori da quelle posteriori al procedimento e sottoporre il credito per le prime a falcidia concordataria: così Cass., 23 marzo 1992, n. 3581, in *Fallimento*, 1992, 700; in *Giust. civ.*, 1992, I, 3066; in *Arch. civ.*, 1992, 1068; e in *Dir. fall.*, 1992, II, 917.

espresse le Sezioni unite con riferimento alla disciplina previgente).

A parte l'opinabilità (in sede fallimentare) di detta conclusione (che a mio avviso non tiene conto fino in fondo della improvvida estensione della disposizione dell'art. 74 a tutti i contratti di durata), in verità nell'ambito del concordato preventivo, ai crediti del contraente in bonis per le consegne già avvenute o per i servizi già erogati può certamente attribuirsi natura concorsuale (salve semmai le ipotesi di indiscutibile unitarietà della causa che lega insieme le varie prestazioni, come nella vendita a consegne ripartite), se non altro perché qui non esiste una norma equivalente all'art. 74 l. fall.

D'altra parte, una conferma indiretta la si può ricavare anche dalla disposizione del quarto comma dell'art. 182-quinquies l. fall., secondo cui, in caso di concordato con continuità aziendale, il debitore "può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi", a condizione che un professionista qualificato e indipendente attesti "che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori".

E' logico ipotizzare che la norma (che diversamente sarebbe stata superflua) si riferisca soprattutto alle somministrazioni di beni e di servizi in corso al momento della presentazione della domanda di concordato ed essenziali appunto per la prosecuzione dell'attività, in cui il somministrante, impegnato a sua volta ad eseguire il contratto di cui non sia stata chiesta dal somministrato né la sospensione, né lo scioglimento, ma creditore per le consegne già avvenute o per i servizi già erogati, a fronte dell'inadempimento del somministrato medesimo, pretenda il pagamento integrale dei suoi crediti pregressi quale condizione per l'adempimento delle sue ulteriori prestazioni, magari mettendo in atto quelle misure cautelative tipiche delle singole erogazioni (ad esempio, con la sigillazione dei contatori delle erogazioni dell'acqua, del gas, della corrente elettrica, ecc.) che impedirebbero di fatto la stessa continuità aziendale; e sempre che, con l'autorizzazione del tribunale, non si ritenga più opportuno, senza eccessivi

ritardi, liberare l'impresa dai vecchi contratti per sostituirli con nuovi, stipulandoli con diversi operatori del settore.

5.- I contratti esclusi

Il quarto comma dell'art. 169-bis l. fall. si preoccupa di escludere dalle regole sopra enunciate alcune fattispecie contrattuali, quali: a) i rapporti di lavoro subordinato; b) i contratti preliminari di vendita trascritti, che hanno ad oggetto o un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado; o un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente; c) i finanziamenti destinati ad uno specifico affare di cui all'art. 2447-bis, 1° comma, lett. b) c.c.; d) i contratti di locazione di immobili, ma solo nel caso di concordato del locatore.

Sulla esclusione dei rapporti di lavoro subordinato non vi è nulla da segnalare, posto che per le situazione di crisi aziendali (tra le quali rientrano anche quelle che costituiscono il presupposto oggettivo del concordato preventivo) esiste un'articolata e specifica disciplina, non derogata dal principio enunciato nel primo comma della norma in esame.

Quanto alle altre fattispecie contrattuali, è singolare il fatto che il legislatore, anziché chiamarle con il loro nome, si sia limitato a menzionare le corrispondenti norme fallimentari ("le disposizioni di questo articolo non si applicano [...] ai contratti di cui agli articoli 72, ottavo comma, 72 ter e 80 primo comma") senza tuttavia adottarne anche la relativa disciplina.

In particolare, per ciò che riguarda i contratti preliminari di vendita trascritti, occorre considerare che anche in caso di fallimento gli stessi sono sottratti dall'ottavo comma dell'art. 72 l. fall. alla regola generale, che però lì è quella della sospensione del contratto, salva la facoltà del curatore (autorizzato dal comitato dei creditori) di sciogliere il rapporto o di subentrare in esso, mentre nel concordato preventivo la regola generale è quella della continuazione del rapporto, salva la facoltà del debitore di farsi autorizzare alla sospensione o allo scioglimento dello stesso.

Dunque, nel concordato la disapplicazione dovrebbe riferirsi alla sospensione o allo scioglimento (ivi compresa l'eventuale facoltà – ove riconosciuta – di provocare quest'ultimo processualmente, in via di eccezione, nel giudizio per l'esecuzione specifica del contratto a norma dell'art. 2932 c.c., promosso dal promissario acquirente, prima del deposito del ricorso di concordato, con domanda regolarmente trascritta), con conseguente continuazione ex lege del contratto in ogni caso¹⁶.

Ma la continuazione di diritto del rapporto, con l'obbligo per il promittente venditore in concordato (o per il commissario liquidatore in caso di concordato con cessione dei beni) di sottoscrivere il contratto definitivo, può razionalmente condividersi se l'immobile che è oggetto del preliminare è già esistente; ma se l'immobile è ancora da costruire o in corso di costruzione, poiché in tal caso l'esecuzione del contratto preliminare con la stipulazione del contratto definitivo dipende necessariamente dal completamento della costruzione dell'immobile e questo, a sua volta, dipende essenzialmente dal contenuto concreto del piano concordatario, che potrebbe prescindere dalla "continuità aziendale" (sia pure nelle forme della cessione o dell'affitto dell'azienda,, che consentirebbero il trasferimento del contratto in applicazione dell'art. 2558 c.c.), quel preliminare di vendita, contrariamente a quanto stabilito, non potrebbe subire sorte diversa dallo scioglimento.

Peraltro per i contratti aventi ad oggetto immobili da costruire a favore di una "persona fisica" che sia promissaria acquirente per sé o per un proprio parente in primo grado e di cui al d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, mentre in caso di fallimento soccorre l'art. 72-bis l. fall., che regola sulla base del principio di prevenzione il rapporto fra il potere del curatore (autorizzato dal comitato dei creditori) di scegliere fra esecuzione o scioglimento del contratto e quello dell'acquirente di escutere la fideiussione a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore, nel concordato preventivo c'è da chiedersi entro quali limiti siano ancora in

¹⁶ In questo senso cfr. anche Trib. Padova, 15 gennaio 2013, in www.ilcaso.it, I, 8534, secondo cui "non appare assolutamente ammissibile lo scioglimento dei contratti preliminari rispetto ai quali è stata trascritta dal promissario acquirente, anteriormente al deposito del ricorso, domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c."

vigore le disposizioni contenute nel secondo e nel terzo comma dell'art. 3 del menzionato d.lgs. n. 122, a norma delle quali la semplice "presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo" (compresa quindi quella "con riserva") è considerata "situazione di crisi" idonea a far sorgere nel promissario acquirente (secondo la definizione contenuta nell'art. 1, lett. a) la facoltà di escutere la fideiussione, a condizione che "il competente organo della procedura concorsuale non abbia comunicato la volontà di subentrare nel contratto preliminare"; quale sia nel concordato del costruttore l'organo competente ad esprimere tale volontà non è precisato, ma deve ritenersi che il legislatore si riferisse allo stesso debitore, opportunamente autorizzato dal giudice delegato a norma del secondo comma dell'art. 167 l. fall. dopo l'apertura del procedimento.

E' infatti evidente che l'applicazione del principio di prevenzione nel concordato preventivo presuppone sia nel costruttore che abbia presentato domanda di concordato che nel promissario acquirente un potere di scelta fra esecuzione e scioglimento che difficilmente si concilia con la continuazione ex lege dei contratti ai quali conduce il quarto comma dell'art. 169-bis l. fall. e cioè dei contratti preliminari di vendita trascritti, gli unici peraltro ai quali la disposizione sopra esaminata [correlata all'ottavo comma dell'art. 72 l. fall.] è applicabile, ove l'immobile che ne è oggetto venga destinato nel modo indicato; per tutti gli altri la facoltà di scelta del costruttore concordatario (opportunamente autorizzato dal tribunale o dal giudice delegato a norma degli artt. 161, 7° comma o 167, 2° comma l. fall.) non muta, salva l'ipotesi di preventiva escussione della fideiussione da parte del promissario acquirente.

Anche quanto ai finanziamenti destinati ad uno specifico affare, di cui agli artt. 72-ter l. fall. e 2447-decies c.c. la disapplicazione nel concordato preventivo delle regole contenute nei primi due commi dell'art. 169-bis dovrebbe riferirsi alla sospensione o allo scioglimento con conseguente continuazione ex lege del contratto in ogni caso; ma anche qui la prosecuzione del rapporto dipende essenzialmente dal contenuto concreto del piano concordatario, che potrebbe prescindere dalla "continuità aziendale" e dalla "realizzazione

dell'operazione", il cui "impedimento" non potrebbe avere esiti diversi da quelli considerati nel sesto comma del menzionato art. 2447-decies c.c. per l'ipotesi di fallimento (ora compiutamente disciplinato dall'art. 72-ter l. fall.), ma applicabile anche al concordato preventivo, ove questo impedisca la realizzazione o la continuazione dell'operazione, salvo il diritto del finanziatore di partecipare al concordato per il suo credito (concorsuale), "al netto delle somme di cui ai commi terzo e quarto" della disposizione dell'art. 2447-decies c.c.

L'ultima fattispecie contrattuale menzionata nel quarto comma dell'art. 169-bis l. fall. è quella disciplinata nel primo comma dell'art. 80 l. fall.: cioè la locazione di immobili, ma nel solo caso del concordato del locatore.

Qui la disapplicazione della facoltà di sospensione o di scioglimento (che però non riguarda il concordato del conduttore), con la conseguente continuazione del contratto ex lege, non presenta profili di particolare interesse, adeguandosi a quanto stabilito dalla norma richiamata per il caso di fallimento del locatore (che appunto "non scioglie il contratto"), salvo che per quanto riguarda piuttosto la disapplicazione della regola prevista dal secondo comma dell'art. 169-bis relativamente alle conseguenze di un'eventuale interruzione del rapporto imputabile al locatore, per l'impossibilità di considerare "credito anteriore al concordato" e quindi concorsuale quello per i danni eventualmente subiti dal locatario; ma anche in caso di fallimento, qualora il curatore, in presenza delle condizioni temporali poste dal secondo comma dell'art. 80 l. fall., eserciti la facoltà di anticipato recesso, l'equo indennizzo spettante al conduttore "è soddisfatto in prededuzione" (art. 80, 4° comma).